

Etat de droit, droits fondamentaux et démocratie / Sylvia Calmes. — Extrait de : Annales de philosophie et des sciences humaines. — N° 23, t. 1 (2007), pp. 87-113.

Titre de couverture : Annales de philosophie et des sciences humaines. — Bibliogr.

I. Démocratie. II. Souveraineté. III. Droit international.

PER L1044 / FP208453P

ÉTAT DE DROIT, DROITS FONDAMENTAUX ET DÉMOCRATIE

DR SYLVIA CALMES

Maître de Conférences en droit public

Présidente du Département de Droit de l'Université de Rouen - France

« Par quelle autorité fais-tu cela ? »

Marc, XI-28

En tout temps et en tout lieu, la question centrale se pose de savoir qui détient le pouvoir de parler au nom de la communauté politique. Elle est au cœur du problème de la représentation (représenter signifiant rendre présent ce qui est absent), et la réponse qui lui est apportée peut se formuler en termes de souveraineté. Le pouvoir souverain engendre ainsi l'unité du corps politique, et telle est la finalité ultime de l'idée moderne de souveraineté. Mais la souveraineté conduit à penser la communauté politique en des termes nouveaux. Ses gouvernants et ses gouvernés ne font qu'un. Le droit appréhende cette unité supérieure sous le nom d'« État », force homogène conçue comme l'institution attributaire de l'intégralité des droits de domination nécessaires à l'accomplissement du bien public. La question devient alors celle de la répartition des droits de souveraineté à l'intérieur de l'unité ainsi réalisée.

En France, aux termes de l'article 3 de la Constitution de 1958, et en vertu du principe démocratique issu de la Révolution de 1789, la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Plus largement, les sociétés modernes ne peuvent légitimement

justifier la détention et l'exercice du pouvoir que par référence à l'idée démocratique, c'est-à-dire par référence au gouvernement « du peuple, par le peuple, pour le peuple » (Lincoln).

Cependant, nos systèmes sont sensibles à d'autres paradigmes, sirènes importées en particulier d'Allemagne par le truchement des Communautés européennes, et qui sont de mode depuis une quarantaine d'années : la protection des droits fondamentaux assurée par le juge, au sein d'une construction de soumission de l'État au droit, donc aux normes.

Dès lors, le juge peut confisquer le pouvoir de dire le droit. Il peut l'édicter, le modifier et le supprimer. De l'autre côté, le sujet est soumis au droit, et le terme de peuple désigne ici l'ensemble des sujets, au sens de destinataires du droit, considérés comme formant un corps. Les expressions d'État de droit, de protection des droits fondamentaux et de démocratie s'emmêlent, se nourrissent ou s'annulent, au point que l'on ne sache plus ce qu'elles recouvrent exactement.

Dans l'idéal, les exigences de l'État de droit, en vertu desquelles l'État est soumis au droit, doivent aller au-delà de la simple détermination de cadres et de techniques juridiques fiables. Encore faut-il d'abord que la puissance publique agisse, avec impartialité, en fonction de règles juridiques qui sont, dans la mesure du possible, démocratiquement adoptées, mais aussi accessibles, c'est-à-dire facilement connaissables et clairement compréhensibles par les individus auxquels elles s'appliquent, dans une logique de limitation technique du pouvoir, par un encadrement du processus de production des normes juridiques ; ensuite qu'elle respecte un *corpus* de principes substantiels, dans le cadre d'un système de valeurs fondamentales autonome qui irrigue également l'ordre juridique entier et assure, par ce truchement, une protection de l'administré contre l'arbitraire, dans une logique de garantie des libertés publiques, des droits sociaux, de la démocratie et du rôle de l'État ; enfin qu'elle accepte d'être elle-même, à tout niveau, soumise, dans l'intérêt général, au contrôle de juridictions indépendantes qui doivent assurer effectivement, au nom du peuple, non seulement la protection de l'ordre juridique, mais aussi la liberté des individus et la paix sociale.

D'un point de vue juridique, les éléments qui permettent de définir l'État de droit l'isolent cependant des deux autres logiques auxquelles il est parfois associé sans discernement, celle de la protection des droits fondamentaux (ou « fondamentalité » : E. Picard, 1998, p. 6) et celle de la démocratie.

La difficulté réside donc dans l'équilibre à trouver entre ces trois paradigmes qu'il faut dans l'idéal combiner alors qu'ils n'expriment pas la même idéologie.

L'État de droit renvoie à l'idée du règne du droit, en vertu d'une logique normativiste garantie par le juge, ce dernier (allemand, communautaire puis français) ayant récemment choisi de donner, en outre, un contenu substantiel à ce droit par la protection des droits fondamentaux des personnes.

Par ailleurs, sur un autre plan, l'idée de citoyenneté renvoie à un processus démocratique en vertu duquel l'origine de tout pouvoir doit résider dans le peuple souverain.

La question se pose de savoir dans quelle mesure nomocratie et démocratie pourraient être réconciliées. Il semble que l'exigence d'État de droit protectrice des droits fondamentaux (1) ne puisse être légitime qu'en tant qu'elle dispose d'une assise démocratique solide en état de fonctionner (2).

1. L'ÉTAT DES DROITS FONDAMENTAUX

Le parachèvement de l'État de droit conduit inévitablement à conférer au juge le pouvoir de garantir mécaniquement le respect des normes, donc de dire le droit.

Et c'est aujourd'hui la protection des droits fondamentaux qui vaut comme principe supérieur s'imposant aux autres valeurs.

1.1 L'État de droit

D'un point de vue historique, il paraît opportun, pour éclairer l'idée d'État de droit, de remonter au contexte dans lequel elle s'est épanouie. Le droit public français semble avoir créé, au XIX^e siècle, le point d'impulsion pour l'État de droit libéral : les théoriciens de son libéralisme ont limité le pouvoir ; le droit administratif français a donc montré le premier modèle en fonction. Puis, le début du XX^e siècle a été une période d'échanges : O. Mayer, alsacien, a introduit en Allemagne les notions fondamentales du droit administratif français, et R. Carré de Malberg, professeur à Strasbourg, a mieux fait connaître en France la théorie générale du constitutionnalisme germanique. Notamment, en traduisant en français le terme allemand de « Rechtsstaat », il a introduit dans notre droit la notion d'« État de droit ». L'État de droit ne provient donc pas de temps immémoriaux, le concept en lui-même étant inconnu, en Allemagne, jusqu'à la fin du XVIII^e siècle.

Une fois intégré, il a changé de signification au fil du temps, ne présentant pas de contenu normatif fixe. Les juristes débattent dès lors sur la question de savoir comment définir l'État de droit. Certains vont même jusqu'à remettre en cause le bien-fondé d'un concept aussi complexe.

1.1.1 Un concept difficile à appréhender

Il existe des tentatives d'approche qui prennent acte de la complexité de la situation et « se contentent » d'établir une liste organisée des divers et nombreux éléments juridiques de l'État de droit. Cette présentation additive est le fait non seulement des auteurs, mais également des juges, notamment de la Cour constitutionnelle allemande qui affirme, déjà dans une décision assez ancienne, l'existence et le caractère obligatoires des divers éléments fondamentaux de l'État de droit (BVerfGE 7, 89 [92s] ; 53, 115 [127] ; 65, 283 [290]). Mais le juge lui-même encourage les divergences, en avançant (BVerfGE 7, 89 [92s] ; 11, 64 [72] ; 35, 41 [47s] ; 65, 283 [290] ; 74, 129 [152]) - sans mettre en doute la validité de l'exigence de l'État de droit dans son ensemble ni l'existence de ses éléments - que la clause de l'État de droit ne contient pas d' « *exigences ni d'interdictions de rang constitutionnel qui soient déterminées sans ambiguïté dans tous les détails* », et que l'État de droit est un « *principe constitutionnel qui a besoin d'une concrétisation par les données objectives* ». Même si cette seconde proposition décrit une évidence, elle apparaît, couplée avec la première, comme une renonciation à l'élaboration d'un programme normatif précis. D'où, face à cette absence de canon reconnu des caractéristiques de l'État de droit, la grande importance des efforts des auteurs qui tentent de préciser les éléments épars auxquels le juge fait référence. L'ensemble des règles écrites et non écrites relevant du principe de l'État de droit correspond soit à la notion formelle, soit à la notion matérielle d'État de droit et, parmi les règles matérielles qui découlent de cette idée, les auteurs énoncent par exemple, en les énumérant sans souci de systématisation, le libéralisme, l'État social et les deux principes non écrits de proportionnalité et de sécurité juridique.

Pour cerner ce que recoupe l'État de droit, il faut dès lors tenter de décrire ce que la jurisprudence et la doctrine comptent parmi ses « sous-principes », en essayant de les trier, de les qualifier, et d'instaurer entre eux, en opérant un choix, un ordre de priorité et de liens pertinent.

Dans l'ensemble des caractéristiques supposées de l'État de droit, existent a priori quelques points d'attraction conceptuels du droit allemand autour desquels plusieurs exigences se groupent. Parmi le grand nombre de possibilités d'ordonner ce cluster s'offre une classification (voir S. Calmes, 2001, p. 62) qui peut conduire à l'élaboration de trois rubriques, sur la base desquelles les caractéristiques de l'État de droit qui sont élémentaires – que nous appellerons les éléments de l'État de droit – peuvent être distribuées. Alors pourront être prises en compte, à l'intérieur de ces groupes d'éléments, des composantes secondaires – aménagements ou applications, qui restent cependant également caractéristiques de l'État de droit -.

Ainsi, les éléments de la première rubrique correspondent à la création, la constitution, du pouvoir étatique de l'État de droit, et ont une fonction de détermination (« *Massgebung* »). Ils établissent d'abord les notions, formes et institutions qui donnent au pouvoir sa mesure ; en droit positif allemand, cette idée est exprimée par les articles 20 alinéas 2 et 3, et 1^{er} alinéas 1 et 3 de la Loi Fondamentale (LF), en vertu desquels tout pouvoir public est pensé comme formé constitutionnellement et comme rattaché à la Constitution. Ensuite, une autre caractéristique est la création d'organes étatiques séparés se partageant les tâches. En outre, pour que le droit comme constituant de l'État soit vraiment efficace, il doit être imposé par certains titulaires du pouvoir étatique, détenteurs du monopole de la contrainte légitime. Enfin, la soumission de l'administration à la loi compte également parmi les éléments de ce premier groupe ; il comprend les principes de priorité de la loi (« *Gesetzesvorrang* ») et de réserve d'ingérence législative (« *Gesetzesvorbehalt* ») ; pour garantir cette idée de loi, mesure de l'administration, sont prévues les procédures de contrôle des tribunaux administratifs et du juge constitutionnel. Elles correspondent, en Allemagne, à la garantie étendue de l'article 19 alinéa 4 LF. Plus globalement, une garantie juridictionnelle pour tous, vis-à-vis de l'administration publique, est assurée dans tous les systèmes juridiques européens (S. Cassese, 1996, p. 54). La fonction de tous ces éléments « constituants » (« *Konstitutionselemente* ») est de donner au pouvoir public sa forme spéciale, conforme à la Constitution ; ils en font un système juridique polynôme qui vise à équilibrer les normes, formes et institutions créées.

Donc, la première catégorie serait celle des éléments « constituants » (« *Konstitutionselemente* ») de l'État de droit, qui ont une fonction de détermination (« *Massgebung* »). Ses éléments, au sens de composantes élémentaires, seraient notamment le rattachement à la Constitution (« *Verfassungsbindung* »), le rattachement au droit (« *Rechtsbindung* »), la différenciation constitutive des pouvoirs étatiques (« *Konstitutive Differenzierung der staatlichen Gewalt* ») ou séparation des pouvoirs, la conformité de l'administration à la loi (« *Gesetzmässige Verwaltung* »), la protection juridictionnelle contre les pouvoirs publics (« *Gerichtsschutz gegen öffentliche Gewalt* »), la paix juridique (« *Rechtsfriede* »), et l'obligation de motivation (« *Begründungszwang* »).

Les éléments de la deuxième rubrique - la plus connue - sont l'expression d'un idéal nomocratique, et ont une fonction de régulation (« *Regelmass* ») ; la souveraineté du droit de l'État de droit est nomocratique. L'État de droit, en corrélation avec les autres principes généraux, lie ici tout pouvoir étatique par la norme décisive présumée raisonnable qu'est la loi, en principe aujourd'hui –

mais pas obligatoirement - adoptée démocratiquement et respectueuse des droits fondamentaux. En lieu et place de l'arbitraire des hommes - l'État, le peuple, le Führer - doivent régner les règles, qui objectivent le pouvoir en le rendant prévisible et fiable, et permettent une organisation planifiée de la vie étatique. L'État de droit tend essentiellement vers un « perfectionnisme normatif, les normes ne devenant ordre qu'à partir d'un certain degré d'intensité et d'extension normatives. Et si le 'Rechtsstaat' veut être parfait, il doit être partout [...]. La Légalité est une notion absolue sinon totalitaire ; qui n'est pas pour elle est contre elle. Le 'Rechtsstaat' n'est pas seulement expansif, il ne saurait exister qu'en tant que valeur absolue » (W. Leisner, 1975, p. 67). Cette exigence de soumission totale aux normes ne requiert pas seulement des décisions conformes aux règles, mais également une certaine continuité de l'orientation, qui donne des indications dépassant une situation donnée et rend ainsi la souveraineté prévisible et fiable; c'est pourquoi les idées liées à la sécurité juridique comme, par exemple, les interdictions de rétroactivité ou la protection de la confiance légitime, font également partie de ces composantes nomocratiques de l'État de droit. Non moins caractéristique est l'obligation générale d'accorder la justice (« allgemeine Justizgewährungspflicht ») qui aménage l'exigence de protection juridique. Une autre garantie est fournie par les impératifs de « distance », à savoir par l'indépendance, l'impartialité des responsables des organes, notamment juridictionnels. L'exigence de précision, enfin, veille à ce que les règles qui, d'après cet idéal nomocratique, doivent régner, ne soient pas vidées de leur sens du fait d'imprécisions terminologiques.

Donc, la deuxième catégorie serait celle des éléments « nomocratiques » (« Nomokratie-Elemente ») de l'État de droit, qui ont une fonction de régulation (« Regelmass »). Ses éléments, toujours au sens de composantes élémentaires, seraient notamment le rattachement à la loi (« Gesetzesbindung »), l'interdiction de l'arbitraire (« Willkürverbot »), la restitution de la conformité au droit (« Rechtsmässigkeitsrestitution »), la sécurité juridique (« Rechtssicherheit »), l'obligation générale d'accorder la justice (« Allgemeine Justizgewährungspflicht »), l'exigence de distance (« Distanzgebot »), et l'exigence de précision (« Bestimmtheitsprinzip »).

Les éléments de la troisième rubrique concernent les relations juridiques entre le citoyen et les titulaires du pouvoir étatique, et renvoient à la fonction générale d'adéquation (« Angemessenheit ») ; la concrétisation normative de l'État de droit suit l'idéal de la justice adaptée aux rapports : ces éléments visent à correspondre aux particularités des différentes situations juridiques, dans le sens d'une application juste du droit. Ils complètent les deux premières rubriques par des normes qui veulent être relatives, c'est-à-dire adaptées aux spécificités

des circonstances particulières. Le fait que le droit doive être transposé de façon adéquate se révèle dans le critère de la « justice du cas particulier », mais, surtout et avant tout, dans le principe transversal de proportionnalité (« Verhältnismässigkeit ») l'État de droit peut avoir un avenir comme principe dogmatique autonome grâce à ce concept de proportionnalité qui est à la fois matériel et formel. Il devient alors possible de remplir d'un matériau neuf les fêlures qui se sont cristallisées par la régression du règne de la loi, et de rendre le droit à nouveau sûr et prévisible. Ces critères donnent certes l'impression de ne pas être particulièrement précis en eux-mêmes (par exemple s'agissant de la « balance des intérêts », de la « compensation adéquate » ou de la « punition juste ») mais, rapportés à une situation concrète, ils se distinguent par une densité d'adéquation relativement grande, puisqu'ils peuvent puiser leurs paramètres dans des circonstances déjà préétablies juridiquement ; du fait de l'obligation de motivation et des contrôles approfondis des tribunaux, l'administration exclut préventivement toute décision arbitraire, ce que le lointain législateur ne pourrait parvenir à faire ; c'est pour cela que ce dernier se fie de plus en plus à l'aménagement des circonstances de fait, lors duquel les échelles sont déplacées dans la situation d'espèce.

Ainsi, l'État de droit ne doit pas être privé de sa structure classique, à savoir des deux grands groupes des éléments « constituants » et « nomocratiques », mais il faudrait leur ajouter un troisième pilier, sous la forme de ce qui est « relatif » ou « relationnel », en ce sens où l'État de droit ne fait pas que former et abstraire, mais montre également des liens, qui ne sont pas ceux qui sont déjà mentionnés par d'autres principes généraux. En outre, les éléments de ce troisième groupe ne créent pas seulement ces liens mais également des rapports juridiques spéciaux entre l'autorité publique et le citoyen, exigés par le droit constitutionnel pour compenser les déficits du système nomocratique. Soit le législateur impose expressément cette idée d'adéquation comme critère de décision aux pouvoirs exécutif et judiciaire - par exemple par des exigences de « balance » ou par la mention de notions indéterminées comme l'« équité »-, soit, si ce n'est pas le cas, cette lacune dans le système nomocratique ne doit pas être comprise comme un espace de vide juridique, mais comme un renvoi implicite à la normativité spéciale de chaque rapport juridique entre le citoyen et la puissance publique.

Donc, la troisième catégorie serait celle des éléments « relativisants » (ou « relationisants » : « Relationselemente ») de l'État de droit, qui ont une fonction d'adéquation (« Angemessenheit »). Ses éléments seraient notamment la justice de rapport (« Verhältnisgerechtigkeit ») ou justice du cas particulier

(« Einzelfallgerechtigkeit »), la proportionnalité des moyens (« Verhältnismässigkeit der Mittel »), et la publicité (« Öffentlichkeit »).

Pour dépasser l'embarrassante antinomie classique entre le « formel » et le « matériel », voire entre le « subjectif » et l'« objectif », peut ainsi être faite la distinction, dont la logique est basée sur un mot-clé issu de l'allemand, celui de mesure (« Mass »), entre les éléments de l'État de droit « constituants » (dont la fonction est la détermination : « Massgebung »), « nomocratisants » (dont la fonction est la régulation : « Regelmass »), et « relativisants » (dont la fonction est l'adéquation : « Angemessenheit »). Ces trois contenants renvoient chacun à des éléments – au sens de caractéristiques « élémentaires » – dont le contenu normatif ne peut à son tour être compris que grâce à la prise en compte de nombreuses normes « secondaires » (aménagement ou applications).

Le plus surprenant, peut-être, dans cette systématisation, est le renoncement à y intégrer la catégorie des droits fondamentaux et le principe de la démocratie. Ce choix rompt peut-être avec la doctrine dominante, mais paraît en fin de compte, nous semble-t-il, correspondre à la jurisprudence qui n'a jamais explicitement déduit les droits fondamentaux ni la démocratie du principe d'État de droit. Les rubriques de base de ce dernier présentées ici caractérisent la Loi fondamentale tant dans sa partie concernant l'organisation de l'État que dans celle ayant trait aux droits fondamentaux, mais ces rubriques ne trouvent leur expression dans aucun des autres principes généraux, qui ont leur contenu propre. Concernant non pas la structure mais les contours du principe d'État de droit, il semble en effet que celui-ci soit l'un des principes généraux de la Loi fondamentale, au même titre que la dignité de l'être humain, les droits fondamentaux, le principe de la République, le principe de la démocratie, le principe de l'État social, le principe de l'État fédéral, et la protection de l'environnement naturel et culturel de l'homme (« Lebensweltgarantie »).

Tous ces principes, qui ont un contenu normatif spécifique - l'élément propre de l'un ne peut être élément de l'autre, et l'un de ces principes ne peut être un élément d'un autre principe -, se juxtaposent et sont en corrélation les uns avec les autres. Corrélation entre État de droit et droits fondamentaux - la soumission au droit est une garantie des droits fondamentaux. L'État de droit impose le respect des droits fondamentaux, qui est une mission du juge. L'État est soumis au respect de la règle qui est élaborée dans le respect d'autres règles, de valeur supérieure : l'État ne doit pas se soumettre à n'importe quel droit. Corrélation entre État de droit et démocratie - la soumission au droit n'est justifiée que si le peuple reste à l'origine du pouvoir. Dès lors, le principe d'État de droit est relativisé par les autres systèmes, tout en les modulant à son tour. Ils sont liés au droit de la même manière et si, dans un cas concret, ils poursuivent des buts

contraires, il faut les optimiser dans le sens de la « concordance pratique » la meilleure. Ainsi, la catégorie des droits fondamentaux, par exemple, renvoie à des éléments généraux spécifiques, et peut-être, au-delà de la liste des droits proprement dits, à la théorie des « droits subjectifs publics », l'individu disposant de la possibilité d'agir devant les tribunaux pour voir ainsi garantie sa situation juridique. Mais les droits fondamentaux semblent être tout au plus des expressions particulières des droits subjectifs.

Sur cette question des relations entre État de droit, droits fondamentaux et démocratie, il est vrai que la construction proposée par E. Picard (préc., p. 37 s.) apporte des éléments de réponse qui peuvent inciter à nuancer le caractère autonome de ces principes les uns par rapport aux autres. En effet, pour cet auteur, les droits fondamentaux, pris au sens de théorie générale et abstraite - « *fondamentalité* » -, dont la source est la dignité de la personne humaine, sont fondateurs de l'État de droit. C'est le droit fondamental qui pose l'État en tant qu'État de droit, et celui-ci n'a pour fonction que de le concrétiser et le garantir en même temps. La *fondamentalité*, en posant le principe de la dignité de la personne, implique sa liberté, tandis que celle-ci n'accède à la réalité qu'assortie de ses garanties. La première d'entre elles vis-à-vis du pouvoir serait, selon l'auteur, la liberté politique qui s'affirme par la démocratie. Et, aujourd'hui, la démocratie supposerait précisément le respect de droits fondamentaux liés aux notions de droits civiques, d'élections libres, avec l'immense cortège solidaire des principes, des règles, des organes, des procédures plus particuliers que ces droits déterminent, pour leurs garanties et leurs sanctions effectives. Le politique, de ce point de vue, se résorbe au moins partiellement dans le droit. Donc, de la *fondamentalité* découleraient par suite non seulement l'État social, mais également l'État de droit et la démocratie. Mais cette idée de *fondamentalité* objective à la base de tout le droit, nous semble créer, par sa seule existence, des liens entre l'État de droit, l'État social et la démocratie, qui sont techniquement autonomes les uns par rapport aux autres. En outre, cette *fondamentalité*, qui s'exprime concrètement par le biais de la catégorie spéciale des droits fondamentaux, ne paraît pas déterminer la place de ces derniers par rapport aux principes cités. Il nous semble donc qu'il faille appréhender ces diverses théories comme étant autonomes les unes par rapport aux autres.

Ces tentatives d'approche de l'idée d'« État de droit » révèlent sa richesse et sa complexité, tant historiques, terminologiques que juridiques – qu'il s'agisse de la définir ou de la cerner par la systématisation de ses caractéristiques juridiques –, et les incertitudes quant à sa signification qui en découlent. Ce concept imprécis ne pouvait donc, en fin de compte, que faire l'objet de critiques.

1.1.2 Un concept critiqué

Dans son analyse de l'État de droit, publiée en 1997, K. Sobota souligne dès l'introduction le fait qu'en Allemagne l'État de droit n'est plus « fêté ». Sont révolus les temps au cours desquels ce principe était ardemment souhaité, étant l'« accomplissement » (« Vollendung »), la « devise » (« Losung »), la « représentation idéale » (« Idealvorstellung ») de base de l'évolution constitutionnelle allemande. Sont achevées les années au cours desquelles il passait pour une « évidence » (« Selbstverständlichkeit »), pour une nécessité anthropologique (« anthropologische Notwendigkeit »). L'engagement avec lequel il était défendu est usé, le raffinement avec lequel il était combattu a disparu. Sont également effacés les sentiments vifs qui pénétraient l'idéal de l'État de droit, sentiments dont la doctrine juridique, pendant les premières années de la République fédérale, pensait qu'ils étaient plus forts que jamais jusqu'alors.

Déjà, lorsque ces sentiments ont atteint leur point culminant, les premières critiques sont apparues. Le « pathos de la distance » (« Pathos der Distanz »), caractéristique de l'État de droit, commençait à perdre sa force de persuasion. Ainsi, même si les praticiens du droit ne se laissent pas déconcerter par cette ambiance, en continuant à « pratiquer » l'État de droit, les théoriciens allemands sont, depuis plus de vingt ans, en proie à de vifs doutes sur la question. Dans ce climat, d'autres questions apparaissent plus importantes que l'aménagement de la machinerie de l'État de droit. Les auteurs s'engagent plutôt pour la participation démocratique et les droits de l'individu que pour une forme d'État que la bourgeoisie du siècle dernier avait privilégiée. Le normativisme de l'État de droit a été conçu comme une « sauvegarde de la confiance bien bourgeoise en la prévisibilité des intérêts » (E. Leisner, 1975, p. 72). L'État de droit est, dans cette première phase, plus ignoré que critiqué. Cette position a été favorisée par la popularité croissante de la dogmatique des droits fondamentaux, grâce auxquels beaucoup de problèmes juridiques, qui auraient traditionnellement relevé du principe de l'État de droit, pouvaient être résolus avec un consensus général. Par exemple, le principe de proportionnalité, que la jurisprudence et la doctrine considéraient auparavant presque unanimement comme une expression du principe d'État de droit (BVerfGE 57, 250 [270]), devait désormais être déduit des droits fondamentaux. L'auteur allemand P. Kunig marque, en 1986, le point culminant du refus. Il va même jusqu'à proposer de rayer l'expression du vocabulaire juridique. Selon lui, entre les droits fondamentaux, l'exigence démocratique, l'article 19 alinéa 4 de la Loi fondamentale et certaines normes juridiques d'organisation étatique comme le principe de l'État fédéral, il y aurait à disposition suffisamment de mesures qui pourraient exercer la « fonction de

régulation » du principe d'État de droit, et ce même plus précisément et concrètement. Il argue du fait que l'État de droit est superflu, que même ses éléments fondamentaux reçus par le droit positif n'ont pas besoin d'une notion synthétique supérieure spéciale.

Finalement, faut-il ou non renoncer à cette exigence d'État de droit ou, au contraire, la parachever? Ce principe paraît malgré tout être resté, en Allemagne, un élément essentiel de l'architecture de la Loi fondamentale et, en France comme ailleurs, un dogme incontournable. Le supprimer de ces constructions les déstabiliserait. Par ailleurs, plus il y a de systèmes généraux constitutionnellement reconnus, plus il y a de possibilités de trouver une solution équilibrée dans une situation donnée – à la condition toutefois que ces systèmes (république, libéralisme, fédéralisme, démocratie, État social, État de droit, libertés publiques) soient clairement organisés –. Qui plus est, aucun autre principe n'est en mesure de fédérer dans un ensemble aussi stable la quantité de normes juridiques attribuées au principe d'État de droit. Ensuite, beaucoup de ses éléments ne sont pas « positivés » constitutionnellement et, sans ce point de référence supérieur, leur valeur constitutionnelle risquerait d'être remise en question. De plus, grâce à l'expression générique État de droit, les normes qu'elle recouvre deviennent des sous-notions d'un système qui a une signification spéciale allant au-delà du texte et qui conserve des liens avec la tradition constitutionnelle. Qui plus est, le principe d'État de droit est complémentaire du point de départ subjectif privilégié pendant les dernières décennies en Allemagne (à savoir notamment du respect des droits fondamentaux), grâce à une perspective qui contribue à une objectivisation des conflits juridiques. Enfin, il favorise, face aux alternatives morales ou religieuses, une option en faveur de la juridicisation des conflits. Il semble donc malgré tout rester, pour tout système, une référence incontournable, l'un des attributs substantiels de l'organisation politique.

Peut-être faudrait-il cependant réfléchir à une renonciation au système de l'État de droit tel qu'il existe, en tant que système clos et absolu, en tant que « société de droit », en le réduisant à ses justes dimensions, celles d'un moyen d'organisation qui pourra orienter l'usage du pouvoir, mais qui n'en déterminera jamais les structures de base. L'État de droit tel qu'il est conçu, c'est la tentation de l'unité totale du pouvoir. Or, la liberté ne pourra être préservée que dans l'essentielle pluralité de ce dernier, où l'État reste pouvoir, mais à puissance réellement partagée. Peut-être faudrait-il prendre les techniques de l'État de droit pour ce qu'elles sont, des instruments utiles et dépareillés, sans vouloir les ériger comme principes en soi. Peut-être faudrait-il en outre renouveler l'approche de l'État de droit en sortant cette notion d'une conception purement nationale.

La construction d'ensemble suivante pourrait dès lors être proposée, pour tout ordre juridique. Il faudrait cesser de mêler ou de solliciter outre mesure les principes de l'État de droit, de la fundamentalité et de la démocratie et partir « de plus haut », d'un État « moderne », dénommé provisoirement tel, faute de mieux, qui serait constitutif de trois théories autonomes ainsi réconciliées (sans être confondues). Il serait un État – épublicain, fédéral..., en fonction des traditions propres à chaque ordre – dans lequel le juge (notamment constitutionnel), condition de réalisation de l'État de droit comme envisagé précédemment par ses composantes élémentaires et secondaires, contrebalance la loi de la majorité, dans le respect de la catégorie concrète des droits fondamentaux. Les trois dispositifs autonomes, à savoir l'État de droit (formel et matériel), la démocratie et la fundamentalité substantielle, s'imbriquent et s'équilibrent, accordant de la sorte toutes les garanties aux individus, dans le cadre de cet État moderne, terme générique permettant de qualifier le système d'ensemble ainsi conçu. Cette présentation crée un « étage » supplémentaire à l'analyse de la question, mais présente peut-être l'intérêt de la simplicité et de la clarté, les divers systèmes réunis au fil de l'évolution de la conception de l'État de droit retrouvant chacun leur identité et leur construction propres, mais ne pouvant être désormais conçus que combinés dans un tel État moderne légitime qui pourrait, en fin de compte, être qualifié d'État de droit démocratique et garant de valeurs universelles.

Ces valeurs s'expriment aujourd'hui en termes de droits fondamentaux. En effet, les normes qui visent à protéger les droits fondamentaux des individus ont peu à peu envahi nos ordonnancements juridiques, nourrissant ainsi substantiellement la logique de la soumission de l'État au droit.

1.2 Le droit protecteur des droits fondamentaux

La théorie générale des droits fondamentaux, droits attachés à la personne et essentiels par définition, à partir de laquelle sont déduits les droits fondamentaux concrets, semble autonome, même si son émergence a coïncidé, en Allemagne, avec le renouveau, après guerre, de l'État de droit, avant de devenir la pierre angulaire du discours en Europe.

1.2.1 Une théorie autonome

La théorie générale des droits fondamentaux obéit à sa logique propre, et ne saurait se définir par rapport à d'autres logiques d'ensemble même si, pour être pleinement efficace dans le cadre d'un État moderne elle appelle à être intégrée dans un système démocratique, respectueux de l'État de droit.

Les droits fondamentaux se retrouvent, en leur forme concrète, à peu près partout dans la hiérarchie des normes – aux niveaux supranational, constitutionnel et même infra-constitutionnel –. Ainsi, cette théorie générale balaie l'ordonnancement juridique dans son ensemble, selon sa logique propre, sans pouvoir être réduite à ne fréquenter que l'un de ses étages normatifs, fut-il le plus élevé. Et la « *fondamentalité substantielle* », qui paraît proche de la catégorie allemande des normes fondamentales (« *Fundamentalnormen* ») ou, plus largement, de celle des principes juridiques généraux (« *allgemeine Rechtsgrundsätze* »), ne se fonde que sur elle-même.

Cette indépendance normative nous semble donc devoir être prolongée par une indépendance systémique fondamentale, en ce sens où la théorie générale des droits fondamentaux peut faire incursion dans d'autres théories d'ensemble, sans toutefois que l'une de ces théories puisse en rendre compte exclusivement ou intégralement. Elle serait ainsi non seulement hors normes, mais également hors systèmes existants. Tout au plus peut-on affirmer que d'autres systèmes, le principe de l'État de droit notamment, constituent des portes d'entrée dans la liste constitutionnelle quand elle existe, cette autonomie n'empêchant pas les influences réciproques diverses – entre un droit fondamental concret et la confiance légitime (ou sécurité juridique subjective, fondée sur l'État de droit) d'une personne, par exemple –.

La théorie générale des droits fondamentaux semble donc doublement autonome quant à son contenu, car hors norme et hors système, et seule la construction concrète à laquelle elle renvoie dans un ordre juridique donné peut aider à révéler son sens. C'est dès lors directement à cette catégorie formelle et concrète qu'il faut s'intéresser.

Cette autonomie de la théorie générale des droits fondamentaux, et donc des droits concrets qui en découlent, ne semble pas devoir être remise en cause du seul fait des circonstances de son émergence en droit allemand, à savoir du fait qu'elle est apparue couplée avec le renouveau de l'État de droit après la Seconde Guerre mondiale.

1.2.2 Une théorie en vogue

En Allemagne, au cours du XIX^e siècle et de la première moitié du XX^e siècle, les droits fondamentaux se dotent progressivement de leurs caractéristiques modernes, à savoir leur inscription dans le texte constitutionnel et leur caractère obligatoire, d'abord vis-à-vis de l'administration et du juge, puis du législateur. Parallèlement, ils se voient reconnaître le caractère de droits subjectifs publics, devenu condition de recevabilité des actions en justice.

La théorie des droits fondamentaux s'affirme expressément comme étant un objectif prioritaire dans le corps même de la Loi fondamentale allemande de 1949, dans lequel une « liste » des droits libéraux classiques, dont la force est obligatoire pour tous les pouvoirs publics (article 1^{er}, alinéa 3 LF), est dressée dans la première section. La caractéristique primordiale d'un droit fondamental est d'être justiciable, ses titulaires étant d'abord les personnes physiques et son débiteur la puissance publique. Pour garantir cette supériorité de la norme constitutionnelle, des mécanismes renforcés de contrôle de constitutionnalité sont mis en place. Dans son célèbre arrêt L^{üth} (BVerfGE 7, 198 [204]), la Cour constitutionnelle fédérale allemande précise que « *les droits fondamentaux sont sans aucun doute avant tout destinés à sauvegarder la sphère de liberté de l'individu contre les ingérences de la puissance publique ; cFe sont des droits défensifs [« Abwehrrechte »] du citoyen contre l'État* ». Ils correspondent notamment aux grandes libertés classiques comme la liberté d'opinion, la liberté de circulation et d'établissement, le principe de l'inviolabilité du domicile ou le principe d'égalité. Ils ont traditionnellement pour fonction, conformément à la théorie libérale classique des rapports entre l'individu et l'État, de défendre l'individu contre les ingérences – au sens large – inconstitutionnelles de la puissance publique dans certaines sphères protégées. Leur effet est donc de fonder un droit subjectif dont la contrepartie est une « obligation de ne pas faire » à la charge de l'État. En vertu de cette conception classique, ce sont des droits fondamentaux publics subjectifs, défensifs, négatifs, expression du principe kantien d'autonomie de la sphère individuelle, dont l'effet obligatoire, énoncé dans l'article 1^{er} alinéa 3 LF, s'impose, et ce à l'encontre de tous les pouvoirs publics. Mais la Cour constitutionnelle fédérale ne maintient pas une conception stricte de la sphère individuelle et donc de la radicalité « négativiste » – issue de G. Jellinek – des droits fondamentaux. En outre, depuis le renforcement de l'interventionnisme étatique et depuis l'apparition de l'administration prestataire de services, ces droits agissent sur la base d'autres théories que cette théorie libérale, au-delà de cette fonction protectrice négative, et recouvrent ainsi, parfois simultanément, une dimension positive, dite parfois objective, même s'ils restent des droits de l'individu contre la puissance publique : celle des « obligations de faire » (aménagement pour permettre l'exercice de droits fondamentaux ou protection contre des dangers venant de l'extérieur) pesant sur la puissance publique. Parmi ces théories, ce n'est pas la théorie sociale des droits fondamentaux qui a, en fin de compte, soulevé des difficultés, mais les théories fonctionnelles, radicalement « objectivantes », qui protègent une liberté « en vue de », comme la théorie – en déclin – de « l'interprétation axiologique » (qui impose un recours à un ordre objectif de valeurs et assujettit la liberté au service des valeurs dominantes, dont le juge est

gardien), la théorie de « l'interprétation institutionnelle », (qui présuppose l'existence d'un cadre juridique préalable qui « met en forme » la liberté, celle-ci étant assujettie au service d'une fin objective), le maintien des institutions, ou encore la théorie de « l'interprétation démocratique » (qui voit dans les droits fondamentaux des « facteurs de production de l'État », la liberté étant assujettie au service de la démocratie participative).

Le droit communautaire, mais aussi le droit français, ont été directement influencés par la théorie allemande des droits fondamentaux, mais l'ont aménagée en fonction de leurs logiques respectives. Si le juge communautaire a tenté, dès la fin des années soixante, de concilier avec la logique économique du Marché commun le recours aux droits fondamentaux des États membres et de la Convention européenne des droits de l'Homme, l'expression n'a fait, faute de référence textuelle explicite, que récemment son apparition dans les décisions du Conseil constitutionnel français.

Les relations entre droit interne et droit européen, longtemps indifférentes, parfois conflictuelles, ont en effet trouvé une occasion de convergence autour de la protection des droits fondamentaux. L'arrêt Stauder de 1969 a bouleversé la jurisprudence communautaire antérieure - en vertu de laquelle le droit de ce nouvel ordre juridique devait être distinct des droits nationaux, donc des droits fondamentaux -, mais en recourant à la technique des « principes généraux », afin de combler l'absence de dispositions communautaires garantissant les droits fondamentaux. La référence aux « *droits fondamentaux compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect* » (12 novembre 1969, Aff. 29/69, Stauder c/ Ville d'Ulm-Sozialamt, Rec. 1969, p. 424 (att. 7), concl. Roemer, p. 427), a donné le coup d'envoi à une jurisprudence qui s'est amplifiée pendant les années qui suivirent. Ces droits doivent être sauvegardés dans le cadre de la Communauté « *tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres* » (17 décembre 1970, Aff. 11/70, Internationale Handelsgesellschaft c/ Einfuhr – und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Rec. 1970, p. 1126, concl. Dutheillet de Lamothe, p. 1141). En outre, « *les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire* » (14 mai 1974, Aff. 4/73, Nold, Kohlen- und Baustoffgrosshandlung c/ Commission, Rec. 1974, p. 508 (att. 13), concl. Trabucchi, p. 510). Cette garantie des droits fondamentaux – libertés publiques comme droits sociaux - ne devant souffrir aucune défaillance (notamment du fait des jurisprudences constitutionnelles allemande et italienne), l'accomplissement des obligations communautaires des États a été assujetti au respect des droits

fondamentaux, tout comme l'action des institutions communautaires. La Convention européenne des Droits de l'Homme a, en outre, dépassé le rôle d'une simple source d'inspiration et revêt « une signification particulière » (21 septembre 1989, Aff. jointes 46/87 et 227/88, Hoechst c/ Commission, Rec. 1989, p. 2859, concl. Mischo, p. 2875 [2924]).

Ainsi, comme l'énonce l'article 23, alinéa 1^{er} LF, l'Union européenne « *garantit une protection des droits fondamentaux comparable pour l'essentiel à celle assurée par la présente Loi fondamentale* », ce dont les rédacteurs des traités de Maastricht et d'Amsterdam ont tenu compte. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (JOCE C 364, 18 décembre 2000) va encore plus loin et fait explicitement du droit communautaire un droit protecteur des droits fondamentaux, à l'image du droit de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Cette Charte devait constituer un pilier de la Constitution pour l'Europe – le Traité établissant une Constitution pour l'Europe ayant été signé à Rome le 29 octobre 2004 –, mais cette dernière a été clairement rejetée le 29 mai 2005 par l'électorat français.

Le droit français a, quant à lui, été plus long à recevoir cette version des droits fondamentaux issue du droit allemand. Jusqu'à la décennie 1970, on ne se référait guère à la notion des droits fondamentaux. Une fois reconnue, elle a été assimilée aux droits constitutionnels par le Conseil constitutionnel, mais sans que cette assimilation recouvre toujours le même sens, tantôt le caractère fondamental du droit fondant substantiellement sa constitutionnalité, tantôt, à l'inverse, le caractère constitutionnel du droit justifiant formellement sa fundamentalité. L'expression « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle » est ainsi apparue (décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, Rec., p. 27). La fundamentalité substantielle peut être intra- comme extranormative, c'est-à-dire qualifiée comme telle dans un texte ou non, grâce à une réserve générale et implicite de fundamentalité dans ce dernier cas. Mais cette clause implicite de valeurs objectives est occultée par la tradition française positiviste et normativiste du culte de la loi, puis de la Constitution, même si cette dernière, par ses préambules, renvoie globalement à de telles valeurs. Ces ambiguïtés et confusions se retrouvent au niveau des décisions du juge ordinaire, à qui il n'est cependant a priori pas interdit de reconnaître un droit fondamental.

Ainsi, une nouvelle dogmatique autonome est apparue, tant en droits allemand, communautaire que français, à savoir celle de la « *fundamentalité* », qui touche les droits individuels concrets mais les dépasse.

C'est le juge qui, dans un système juridique donné, va œuvrer ou non en faveur de la protection des droits fondamentaux, quitte à créer ces droits quand

ils ne sont pas prévus par les textes. Et il n'aura la possibilité de donner ce contenu au droit que dans un système normativiste qui fait de lui le seul garant du respect du droit, autrement dit dans un État de droit.

Cependant, l'État de droit, protecteur des droits fondamentaux, n'est viable dans un État moderne que s'il est légitimé. L'idée de légitimité indique que le pouvoir a été reçu, et elle désigne par qui il a été donné et pour quelle raison. Si elle renvoie à l'origine du pouvoir, la légitimité n'est pas indépendante de son exercice. Or, le fondement de la légitimité, même s'il est parfois malmené, c'est la démocratie. La nomocratie de l'État de droit n'a de sens que dans un contexte démocratique en état de marche.

2. L'ÉTAT DE LA DÉMOCRATIE

La démocratie est un régime de souveraineté du peuple. Celui qui est sujet du gouvernement est en fait détenteur de la puissance de gouverner. La démocratie est donc la source de légitimité qui ne repose pas sur la transcendance divine ni sur la prétention d'une classe distincte à exercer le pouvoir parce qu'elle y serait plus apte que le reste de la société. Elle consiste dans le fait de confier le pouvoir au groupe social tout entier. L'intérêt du peuple ne peut être mieux réalisé que par l'accomplissement de sa propre volonté. L'État doit être avant tout l'État du peuple et de sa volonté.

Les régimes démocratiques sont représentatifs, démocratie et représentation n'étant plus jugés incompatibles comme c'était le cas à l'époque des grandes révolutions en France comme en Amérique, où Madison distinguait les « démocraties » des républiques représentatives ».

Pour autant, le corps des gouvernés, c'est-à-dire le peuple en tant que réalité sociale spontanée, reste souverain.

2.1 Le peuple représenté

Même dans nos cadres représentatifs, la possibilité est toujours donnée au peuple de se placer en prise plus ou moins directe sur l'exercice du pouvoir, dans une logique de démocratie participative.

2.1.1 Le gouvernement représentatif

Dans la plupart des pays occidentaux, l'histoire commence à la fin du XVIII^e siècle, au moment où l'essor économique de la bourgeoisie et le mouvement des idées ébranlent les trônes et remettent en cause les principes – qu'on croyait immuables – sur lesquels étaient fondées les sociétés. Significativement, le moment historique où s'est décidé le passage à la démocratie moderne a

coïncidé avec l'affirmation de principes et de valeurs morales devant présider à l'action des individus et des États. Avec les révolutions américaine et française, les valeurs démocratiques sont affirmées dans des textes constitutionnels : elles sont le contenu des lois et des déclarations de droits. Notamment, la participation de tous au gouvernement, qui est le principe de la démocratie, repose sur une valeur fondamentale : l'égalité.

En 1789 est proclamée, en France, la souveraineté du peuple. Rousseau, dans son *Contrat social*, avait défini le peuple comme étant composé de l'ensemble des individus peuplant le territoire soumis à l'État. Tout individu est citoyen par cela même qu'il n'a accepté de se soumettre à la volonté générale que parce qu'on lui assure en contrepartie le droit de participer à l'élaboration de celle-ci, sur le modèle antique. Dans la « théorie de la souveraineté populaire » telle que la conçoit Rousseau, chacun des individus formant le corps social est donc détenteur d'une parcelle de la souveraineté, et ce n'est qu'en consultant chacun que l'on peut parvenir à dégager la volonté de l'ensemble. Le suffrage politique est par conséquent un droit pour chaque citoyen. Et ce droit ne peut être exercé que personnellement. Si l'individu délègue son pouvoir, il abdique sa liberté. La souveraineté ne peut être représentée, par la même raison qu'elle ne peut être aliénée. Toute loi que le peuple n'a pas ratifiée est nulle ; ce n'est pas une loi. L'auteur admet cependant que le vote direct des lois est pratiquement impossible, et propose alors que les députés du peuple ne soient pas des « représentants », mais simplement des « commissaires » investis d'un mandat impératif, c'est-à-dire d'un mandat précis déterminant le sens de leur vote sur la plupart des questions, avec recours au référendum chaque fois qu'il y aurait eu doute sur la volonté réelle de leurs commettants. À cette logique, les Constituants révolutionnaires français vont cependant préférer celle de la « souveraineté nationale » défendue par Montesquieu ou Sieyès. La souveraineté appartient au peuple certes, mais au peuple pris dans son ensemble en tant qu'entité abstraite. Sieyès considère le peuple, qui se confond alors avec la population, comme une entité qu'il appelle la « nation ». Le peuple, c'est la nation. La nation est souveraine ; mais elle constitue une personne morale distincte des individus qui la composent, et elle a une volonté propre. En tant que personne morale, la nation ne peut s'exprimer et agir, comme toutes les personnes morales, que si elle est dotée d'un statut juridique qui définit les organes habilités à parler et agir en son nom. Le statut juridique de la nation est la constitution, statut commun de la nation et de l'État, lequel n'est que l'instrument temporel des volontés de la nation. Au sein de l'État, la Constitution prévoit un ou plusieurs organes dont la fonction est d'exprimer, en les traduisant en lois, les volontés de la nation souveraine. Ces organes auront

ainsi, de par la constitution, la qualité de représentants de la nation et, puisqu'ils sont chargés de vouloir et d'agir pour elle, ils l'engageront valablement par leurs décisions.

Parmi les principes posés au XVIII^e siècle pour servir de base à l'organisation de l'État figure donc celui du caractère représentatif des assemblées parlementaires, associé à celui du mandat représentatif. Certains auteurs (B. Chantebout, 2006, p. 80 s.) pensent que ce principe a été essentiellement conçu en vue de maintenir le peuple à l'écart de la vie politique réservée à une petite élite issue des classes dominantes, et s'analyse comme permettant de tenir pour exprimant la volonté de la nation, le vote d'une assemblée élue au suffrage censitaire, sans se soucier de savoir si ce vote correspond de près ou de loin à la volonté réelle du peuple.

Cependant, à la représentation souveraine succède, dans les démocraties modernes, le gouvernement représentatif, qui repose sur une dissociation entre la souveraineté et le pouvoir de gouvernement. Le corps des gouvernés (le peuple de la révolution américaine ou la nation de la révolution française) préexiste à l'État. C'est lui qui, aux yeux du droit, l'a fondé ; c'est lui le souverain. Par conséquent, le gouvernement n'exerce la puissance de l'État que sur la base d'une habilitation, et ce seulement tant que le peuple n'entend pas l'exercer lui-même directement.

2.1.2 L'exercice du pouvoir par le peuple

Le mouvement chartiste en Angleterre, les révoltes populaires de 1792, 1848 et 1871 en France, et beaucoup d'autres réactions du même type dans l'Europe entière marquent la volonté du peuple de rejeter toute représentation souveraine. Ils échouent mais, dans une large mesure, leur échec n'est que temporaire, et l'évolution qu'ils annoncent va se produire d'une manière pacifique et graduelle au cours du dernier tiers du XIX^e siècle et du premier tiers du XX^e siècle, dans les régimes politiques occidentaux.

D'une part, le peuple souverain va obtenir d'être associé à la direction des affaires, et son avènement sur la scène politique va provoquer un bouleversement dans la conception du rôle de l'État.

Cet avènement résulte en premier lieu de l'instauration du suffrage universel : en France, suffrage universel masculin le 5 mars 1848, et féminin par l'ordonnance du 21 avril 1944, l'âge de la majorité civile et politique ayant été abaissé à 18 ans par une loi du 5 juillet 1974 ; en Grande-Bretagne, suffrage universel pour les hommes et les femmes de plus de trente ans en 1918, pour toutes les femmes de plus de 21 ans à partir de 1928, mais avec l'existence de

privilèges, supprimés en 1948 ; principe admis en Prusse à partir de 1871 et dans l'Empire austro-hongrois à partir de 1896, mais le vote se fait à deux degrés et par curies (les électeurs les plus imposés ont plus d'influence) ; vote plural en Belgique et dans certains États allemands (certains individus disposent de plusieurs voix) ; vote égal et secret de l'universalité des citoyens en 1909 en Suède, 1912 en Italie, 1917 aux Pays-Bas, 1919 en Allemagne, 1921 en Belgique ; quant aux États-Unis, ils furent à la fois l'un des premiers États à admettre le suffrage universel et l'un des derniers à ne pas l'admettre : sous réserve des dispositions incluses dans la Constitution fédérale, la réglementation du droit de vote et des conditions de son exercice est, en effet, de la compétence législative des États fédérés (droit de vote accordé aux femmes en 1869 dans l'État du Wyoming, alors que les États du Sud ont retardé l'avènement du suffrage universel, pour empêcher le vote des Noirs : les restrictions imposées en fait aux Noirs ont disparu à la fin des années 1960) ; enfin, depuis le référendum du 7 février 1971, la Confédération helvétique a accordé le droit de suffrage aux femmes.

Cet avènement politique du peuple résulte en second lieu de la formation – suite à l'élargissement du corps électoral –, au cours du XIX^e siècle, des partis politiques modernes et surtout de la formation – au début du XX^e siècle – des « partis de masses », qui vont obliger la société politique à prendre en compte les aspirations réelles des citoyens : la base – les comités locaux et les sections – préexiste à l'apparition du parti sur le plan parlementaire ; c'est la base qui détermine le programme, et le parti exige de ses candidats des engagements précis sur leur attitude en cas d'élection : adhésion obligatoire au groupe parlementaire et discipline de vote au sein de ce groupe. L'apparition de ces partis de masses a marqué, plus encore peut-être que l'établissement du suffrage universel, un tournant capital dans l'histoire des institutions politiques. Désormais, il existe des organisations qui cherchent à appréhender les volontés du peuple et à les traduire dans la réalité. Les classes les plus nombreuses et les plus défavorisées de la société vont être représentées au sein des assemblées par des élus qui se réclameront d'elles de manière expresse et qui affirmeront ne pas vouloir défendre les intérêts du peuple considéré de manière abstraite et générale, mais ceux des classes qu'ils représentent.

L'avènement du peuple sur la scène politique va ainsi entraîner un bouleversement complet des conceptions en vigueur sur le rôle de l'État. Il voit dans l'État l'instrument privilégié d'une action en vue de corriger les effets des lois économiques et des inégalités qui en découlent. Ce rôle nouveau de l'État, qui s'était déjà inscrit dans les Constitutions des États fédérés américains et des cantons suisses où existe un droit d'initiative populaire en matière

constitutionnelle, va se traduire sous la forme d'un nouvel énoncé des droits de l'Homme et du Citoyen dans les Constitutions qui seront rédigées au lendemain de la Première Guerre mondiale, et notamment dans la Constitution allemande de Weimar de 1919. Dans ces Constitutions, on trouve d'abord - comme dans les déclarations des droits de la période révolutionnaire - la proclamation des droits élémentaires et désormais classiques de l'individu à l'encontre de l'État (liberté de pensée, liberté religieuse, liberté de la presse, liberté de réunion, liberté d'aller et venir, garantie contre les arrestations arbitraires, inviolabilité du domicile, plus l'égalité entre les sexes). Mais, à côté de ces droits traditionnels qui sont proclamés pour réserver à l'individu sa sphère d'autonomie par rapport à l'État, les nouvelles Constitutions consacrent d'autres droits qui ne figuraient pas dans les Constitutions du XVIII^e siècle, celle de 1793 en France exceptée. Ce sont des libertés collectives (droit d'association, droit de former des syndicats, droit de grève) et des droits-créances (droit à l'éducation, droit aux assurances sociales, droit à une vieillesse décente, droit au logement, droit au travail).

D'autre part, le peuple entend que les assemblées représentent l'universalité des citoyens dans toute sa réalité et dans toute la diversité de leurs aspirations. Il n'entend pas que les députés qu'il désigne puissent, une fois élus, s'affranchir impunément de leurs promesses. Il veut même, dans la mesure du possible, pouvoir passer outre aux opinions émises par ses représentants et intervenir directement dans l'élaboration des lois.

D'abord, au cours des dernières années du XIX^e siècle se développe dans l'ensemble des pays européens un mouvement dont l'ampleur ne cessera de croître en faveur de la représentation proportionnelle comme mode de scrutin pour l'élection des assemblées. D'abord préconisée, dès 1846, par le théoricien socialiste Victor Considérant, elle s'implante à partir de 1891 dans un certain nombre de cantons suisses à la suite d'initiatives populaires, puis en Belgique en 1898 ; de là, elle gagne progressivement l'Europe entière au cours des années 1900 à 1920. Actuellement, tous les pays démocratiques d'Europe occidentale pratiquent ce mode de scrutin - avec de nombreuses variantes -, à l'exception de la Grande-Bretagne (scrutin majoritaire à un tour) et de la France (scrutin majoritaire à deux tours), qui résistent au raz-de-marée proportionnaliste. Le but de ce mouvement est d'obtenir que le Parlement, en raison de son mode d'élection, soit le reflet le plus fidèle possible du peuple qu'il représente, et que chacune des tendances idéologiques qui se manifestent dans la nation au moment des élections soit représentée au sein des assemblées en proportion du nombre des suffrages qu'elle a obtenus.

L'institution de la proportionnelle dans la quasi-totalité des pays d'Europe occidentale devait avoir une double conséquence sur leur vie politique. Ce mode

de scrutin renforce considérablement le rôle et l'influence des partis dans la direction des affaires, les électeurs votant pour la liste d'un parti, et les candidats étant jugés sur leur loyauté vis-à-vis du parti, sur leur discipline de vote. En outre, il encourage une multiplication des partis politiques, et donc l'émiettement des forces politiques.

Si elle a constitué, lors de son apparition, une étape importante dans la voie de la démocratisation des institutions, parce que le pouvoir se situait alors dans le Parlement et qu'il importait que celui-ci fût à l'image du peuple, le caractère démocratique de la représentation proportionnelle s'est estompé quand le pouvoir, au milieu du XX^e siècle, a été transféré au sein des États à l'exécutif (dans les régimes parlementaires comme dans les régimes présidentiels). Ce qui sera alors essentiel, c'est que le peuple puisse, à l'occasion des élections, se prononcer sur la gestion de cet exécutif et, éventuellement, en changer les titulaires. Et en raison même de sa brutalité, le scrutin majoritaire sera mieux adapté à cette fin que la proportionnelle, à laquelle ses adversaires reprochent d'amortir les mouvements d'opinion et de permettre à des partis désavoués par la majorité du corps électoral de se maintenir au pouvoir par le jeu d'alliances au sein du Parlement.

Ensuite s'est posée la question du droit de révocation populaire des élus. En France, déjà sous la Convention, Robespierre avait demandé pour le peuple le droit permanent de révoquer ses élus mais le Constituant de 1793 avait jugé cette disposition inutile en raison de la durée très brève du mandat des députés. Sous la Commune, le droit de révocation populaire devient l'un des principes essentiels de l'organisation politique, mais pour très peu de temps. Certains ont, plus récemment, tenté de l'introduire, sous la III^e République, mais en vain. L'idée devait être reprise d'une manière plus durable dans certains États, en Suisse et aux États-Unis notamment. En Suisse, le droit de révocation populaire existe dans une demi-douzaine de cantons, parmi lesquels celui de Berne. Il ne peut s'exercer que sur l'Assemblée cantonale tout entière, et non sur l'un de ses membres en particulier ; en fait, il s'analyse comme une dissolution de l'Assemblée décidée par voie de référendum organisé sur l'initiative d'un certain nombre d'électeurs (12 000 à Berne). La Constitution fédérale ignore le procédé, mais il est arrivé une fois, en 1919, que l'Assemblée fédérale ait vu son mandat abrégé par une loi constitutionnelle issue d'une initiative populaire. Ce droit de dissolution populaire se retrouve également dans les constitutions de quatre Länder allemands, dont celui de Berlin. Aux États-Unis, le quart environ des États admet la révocation individuelle (« recall ») des titulaires de fonctions électives à l'initiative d'un certain nombre d'électeurs (généralement le quart des électeurs inscrits). Toutefois, cette procédure est peu employée, d'abord parce

qu'elle est difficile à mettre en œuvre (les signatures doivent être recueillies en la forme notariée et dans un délai très bref), et ensuite parce qu'elle n'est pas sans risque pour ceux qui en prennent l'initiative et qui doivent payer les frais de l'élection qui suivra si elle aboutit à la confirmation du mandat de l'élu mis en cause.

Enfin, le peuple a revendiqué une participation à l'élaboration des lois par les procédés de la démocratie semi-directe. On appelle démocratie semi-directe le système dans lequel, bien que les lois soient normalement votées par des assemblées élues, le peuple peut participer à leur élaboration, soit en en prenant l'initiative, soit en s'opposant à leur promulgation ou à leur maintien en vigueur (veto populaire). Ainsi, en France, l'article 3 de la Constitution affirme que la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Il ne s'agit pas là de permettre une prise de distance vis-à-vis de l'opinion exprimée par le peuple, au nom d'une « nation » qui le dépasserait et ne se réduirait pas à lui. La formule de l'article 3 doit être lue en combinaison avec les dispositions du texte de 1958 qui attribuent au corps électoral des compétences autres que l'élection des représentants ; par exemple celle de voter certains types de lois à l'occasion de votations référendaires (référendum législatif de l'article 11 ou référendum constituant de l'article 89). Il est en effet impossible de nier le peuple souverain en tant que réalité sociale spontanée détentrice de la volonté générale.

2.2 Le peuple, réalité sociale spontanée

La construction formelle de l'État de droit et la logique substantielle de la fondamentalité n'ont aucune valeur en soi. Elles ne valent qu'en tant qu'elles sont acceptées par les citoyens et la volonté générale qu'ils expriment. Cette logique est illustrée par la récente tentative d'une Constitution pour l'Europe, rejetée notamment par le peuple français.

2.2.1 La loi, expression de la volonté générale

En France, la loi n'est pas seulement un instrument de réalisation d'une « loi » constitutionnelle qui la surplombe, sous le contrôle étroit d'un juge qui se bornerait à réprimer les erreurs de réalisation par le législateur d'un programme constitutionnel défini.

La Révolution française a mis en avant la loi, expression de la volonté générale (art. 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen), dans une logique de « légicentrisme ». Seule la loi peut fixer les bornes de la liberté et des droits naturels de chaque homme (art. 4). La Déclaration exprime à la fois une solide confiance dans la loi votée par le parlement et la conviction que la loi

doit réaliser quelque chose qui la dépasse et ne doit pas outrepasser certaines limites. Ainsi, la France a très tôt (1791) adopté des lois constitutionnelles écrites, mais sans aboutir à la conclusion que leur respect par le législateur devait être sanctionné par le juge. Sollicités pour procéder à un tel contrôle, les juges français ont hésité à franchir le pas (CE, 6 novembre 1936, Arrighi et Dame Coudert, Dalloz, 1938, p. 3).

C'est la Constitution de 1958 qui vient transformer cet « État légal » en « État de droit » parachevé, en établissant la suprématie de la constitution et en instituant le Conseil constitutionnel chargé entre autres, s'il est saisi, de s'assurer de la conformité des lois à la constitution (art. 61). La loi doit, sous le contrôle de ce dernier, être conforme à la Constitution, au double sens où elle doit respecter les règles établies par la loi fondamentale quant à sa procédure d'adoption, et où elle ne doit pas méconnaître les principes substantiels que contient la Constitution et qui régissent, non pas la manière d'adopter les lois, mais leur contenu. Et la constitution ne se compose plus seulement du texte adopté en 1958 mais aussi de tous les principes auxquels le juge constitutionnel a reconnu une valeur constitutionnelle (notamment la Déclaration de 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946, depuis une décision du n° 71-44 DC du 16 juillet 1971). Le Conseil constitutionnel, depuis une célèbre décision de 1985, résume cet état de fait en affirmant que « la loi votée [...] n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution » (n° 197 DC, 23 août 1985).

Le représentant direct du peuple est ainsi contrôlé par neuf « sages » nommés par le Président de la République, le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat. Au nom de l'État de droit et du constitutionnalisme, des membres nommés, véritable contre-pouvoir, peuvent sanctionner une loi adoptée par les élus du peuple, cette logique de « gouvernement des juges » heurtant le principe de la démocratie, même si elle se trouve légitimée car englobée dans la volonté générale.

En revanche, conformément à ce dernier principe, le juge constitutionnel se déclare incompétent pour juger de la constitutionnalité d'une loi référendaire, au motif que « les lois que la constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale » (6 novembre 1962, Rec., p. 27). Le référendum est l'outil par excellence de la démocratie semi-directe, même si son initiative n'est pas toujours (comme en France) laissée au peuple. Dans ce cas, la décision de la majorité des citoyens s'imposera comme la décision de tous.

2.2.2 L'Europe en panne

Si les États sont à la fois les sujets et les auteurs du droit international, ce dernier émet cependant, malgré cette dépendance vis-à-vis de la volonté des États, une prétention à la primauté qui transformerait, si elle était intégralement accomplie, ces droits nationaux en ordres juridiques subordonnés, donc non souverains. L'expérience de la construction européenne montre nettement ce paradoxe : l'Union Européenne s'apparente à un État, notamment à un État de droit, avec la Cour de justice des Communautés européennes qui joue un rôle majeur de coordination et de formulation des règles principales du droit communautaire (effet direct et primauté, qui ne sont pas prévus par les traités, ou encore les principes généraux du droit, sont par exemple son œuvre).

Pourtant, la réunion de tous ces éléments (des institutions propres, une forme de représentation politique, un droit caractérisé par la primauté, la protection de droits fondamentaux...) ne suffit pas à faire en sorte qu'il y ait un corps politique européen ni une véritable constitution de l'Europe.

En effet, si la question se posait de savoir si une volonté communautaire s'était créée, si les citoyens des États membres se reconnaissaient comme citoyens de l'Europe, elle ne semble plus d'actualité. Le 29 mai 2005, une majorité de l'électorat français a spontanément refusé d'autoriser la ratification du traité établissant une constitution pour l'Europe qui lui était soumis par la voie du référendum. Même si l'on peut discuter de sa signification, ce rejet n'est pas accidentel. Il sanctionne le fait que, malgré tous les efforts en ce sens (c'est-à-dire y compris si ce traité avait été approuvé), la construction communautaire n'a pas trouvé les moyens de parvenir à cette « union politique » qui est son but explicite, tandis que le droit communautaire qui, en tant que système de droit autonome, est l'originalité de cette construction, n'est pas parvenu à devenir un droit politique. Plusieurs raisons peuvent expliquer ces échecs : doutes sur l'identité politique de l'Europe, difficultés liées à l'élargissement... Mais il semble surtout flagrant que la double stratégie d'unification par l'économie (plutôt que par la politique) et par le droit des juges (plutôt que celui voulu par les peuples) n'a pas été payante. Elle a conduit le droit communautaire à devenir le droit d'une société civile élargie à un groupe d'États, dont il est parvenu à régler les rapports de bon voisinage. Il n'a cependant pas trouvé en lui les moyens d'être le droit d'une véritable communauté politique, constituée de citoyens européens. Le texte du Traité établissant une constitution pour l'Europe n'a pas marqué de rupture par rapport à ces orientations fondamentales, et n'a donc pas pu mettre fin au doute. Il n'y a pas de constitution tant que n'est pas offerte une solution au problème de l'unité de la communauté politique.

Finalement, les grandes constructions qui jettent ensemble des peuples et les fondent en une totalité nouvelle ne sont jamais seulement l'ouvrage de la bonne volonté de l'histoire ou des juges, de l'efficacité économique et de la pureté morale. L'État des droits doit être avant tout l'État du peuple. Un ordre juridique, les droits fondamentaux et le marché ne font pas une constitution.

Ainsi, si le droit constitutionnel moderne ne conteste pas la nécessité du pouvoir, notamment du pouvoir des juges, il place ses espoirs dans la réalisation du bien commun avant tout par la volonté des gouvernés. Le dogme de l'État moderne doit donc être constitué par un triptyque. Dans ce cadre, quel que soit l'ordre juridique concerné, l'État de droit est un dispositif technique, formel, de limitation du pouvoir, qui résulte de l'encadrement du processus de production des normes juridiques, mais qui correspond aussi à une conception matérielle du rôle de l'État et des rapports entre le droit et l'État. Le juge contrôle la soumission de l'État au droit, dans un but de protection des personnes contre l'arbitraire. Ensuite, la démocratie, qui renvoie à la conception de la souveraineté, concerne la question fondamentale du processus électif, la participation des citoyens aux choix collectifs, et le respect du pluralisme. Quant aux valeurs substantielles, à savoir la fundamentalité, elle engloberait aujourd'hui – sous réserve d'autres évolutions – le modèle libéral des libertés publiques et le modèle social des droits-créances. Ces valeurs innervent les deux autres systèmes généraux parallèles de démocratie et d'État de droit. Ainsi, dans une logique de réconciliation de la nomocratie et de la démocratie, ce dernier doit rester un moyen de réalisation de l'exigence démocratique, sur la base du soubassement sous-jacent de l'ordre juridique, à savoir la fundamentalité substantielle.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

OUVRAGES

- L. Burgogur-Larsen (sous la dir. de), *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, CREDHO, Bruylant, Bruxelles, 2005
- S. Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, Paris, 2001
- B. Chantebout, *Droit constitutionnel*, U, Armand Colin, Paris, 2006

- P. Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip, Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1986
- K. Sobota, *Das Prinzip Rechtsstaat : verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte*, Habilitationsschrift, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997 (Jus publicum ; Bd. 22)

ARTICLES

- S. Calmes, « Sécurité juridique et droits fondamentaux », *Valeurs républicaines et droits fondamentaux de la personne humaine en 2003 et 2004*, G. Lebreton (sous la dir. de), L'Harmattan, Paris, 2006, p. 139
- S. Cassese, « Le problème de la convergence des droits administratifs - vers un modèle administratif européen ? », *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, Paris, 1996, p. 47
- W. Leisner, « L'État de droit – une contradiction ? », *Hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975, p. 65
- E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *Les droits fondamentaux – Une nouvelle catégorie juridique ?*, AJDA, n° spécial, 20 juillet-20 août 1998, p. 6